



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2011

Zum Verhältnis zwischen linguistischen Kommunikationsmodellen und Verträgen

Huguenin, Claire

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-51671>
Book Section

Originally published at:

Huguenin, Claire (2011). Zum Verhältnis zwischen linguistischen Kommunikationsmodellen und Verträgen. In: Sethe, Rolf. Kommunikation: Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag. Bern: Stämpfli, 109-121.

Zum Verhältnis zwischen linguistischen Kommunikationsmodellen und Verträgen

CLAIRE HUGUENIN

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	109
II.	Linguistische Gesprächsforschung	110
	1. Das monologistisch-ontologische Modell	110
	2. Das dialogistisch-konstruktivistische Modell.....	111
III.	Der Vertrag als Form von kommunikativem Handeln.....	113
	1. Schriftlichkeit oder auch Mündlichkeit: gibt es einen written language bias?	114
	2. Offerte und Akzept: eine wechselseitige Abfolge von Senderakten?	115
	3. Konsens und Dissens: Rekonstruieren oder Konstruieren?.....	117
	a) Natürlicher Konsens.....	118
	b) Normativer Konsens	119
	4. Individualvertrag und AGB: Monologistisches oder dialogistisches Geschehen?	121

I. Einleitung

Die Idee zu diesem *essay* für meinen Kollegen ROLF H. WEBER, der sich in vorbildlicher Weise und aus immer wieder neuer Perspektive mit den kommunikativen Aspekten des Rechts befasste und befasst, kam mir beim Lesen eines Beitrages meiner Zürcher Kollegin ANGELIKA LINKE.¹ Auf diesen hatte mich eine andere Kollegin, die Philosophin KATIA SAPORITI anlässlich der letzten *séance de réflexion* des SNF über *les enjeux du plurilinguisme* in der Wissenschaft aufmerksam gemacht.²

Schon allein die Genese dieses Papiers zeigt, wie viel Forschende einander verdanken und wie wichtig es ist, über gemeinsame und andere Aspekte verschiedener Wissenschaften miteinander zu kommunizieren. Von der Kom-

¹ ANGELIKA LINKE, Wie man Wissen teilt – oder: Vom Glück der Kommunikation, in: Hans-Ulrich Rüegger/Martina Arioli/Heini Murer (Hrsg.), *Universitäres Wissen teilen, Forschende im Dialog*, Zürich 2009, 35 ff.

² Vgl. dazu SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER GEISTES- UND SOZIALWISSENSCHAFTEN, Sprachen und Kulturen, *Langues et cultures, Mehrsprachigkeit in Wissensproduktion und Wissenstransfer, Les enjeux du plurilinguisme pour la construction et la circulation des savoirs*, Herbsttagung vom 12./13. November 2009, Bern 2009.

munikation, genauer vom Kommunikationstyp „Vertrag“, handelt denn auch dieser Beitrag.

Verträge beruhen auf kommunikativem Handeln. Sie entstehen aus und in der Kommunikation und können so neben anderen Kommunikationstypen wie etwa einer Rede, einem Brief oder einem wissenschaftlichen Artikel als eigene Kommunikationsform verstanden werden. Es erscheint darum auch als reizvoller Versuch, die Ergiebigkeit kommunikationstheoretischer Modelle für das Recht zu untersuchen.

Im Folgenden sollen die beiden Modelle vorgestellt werden, derer die neuere linguistische Gesprächsforschung sich bedient, um kommunikatives Handeln zu konzeptualisieren. Sodann wird die Frage aufgeworfen, ob und inwiefern sich diese Modelle zum Verständnis einzelner Aspekte des Vertragsgeschehens und damit auch als Schlüssel zu einer besseren Gesetzgebung eignen könnten.

II. Linguistische Gesprächsforschung

1. Das monologistisch-ontologische Modell

„Monologism has a long intellectual history in Western philosophy and theories of the mind, [...]“.³ Der *main stream* der Kommunikationswissenschaftler geht denn auch von einem Modell aus, welches Kommunikation monologistisch-ontologisch, nämlich als Weitergabe von Wissen über eine vorbestehende Welt, versteht.⁴ Der Sender wird dabei als Ausgangspunkt, der Empfänger als Zielpunkt verstanden. Die Botschaft wird vom Sender codiert, via einen Kanal zum Empfänger geleitet und von diesem decodiert. Ein Kommunikationsakt gilt als gelungen, wenn der Empfänger genau das erfährt, „was der Sender vorher schon wusste“.⁵ In der Folge kann der Empfänger nun seinerseits die Senderrolle wählen. Kommunikation erscheint so als Wechselrede, nämlich als wechselseitige Abfolge von Senderakten.

CLAUDE SHANNON und WARREN WEAVER, welchen die Urheberschaft für das noch heute oft verwendete Modell zugeschrieben wird, sollen es in den 1940er Jahren konzipiert haben.⁶ Sie untersuchten damals im Auftrag von BELL COMPANIES die Charakteristika eines Kommunikationsprozesses und

³ PER LINELL, *Approaching Dialogue, Talk, interaction and contexts in dialogical perspectives*, Amsterdam/Philadelphia 1998, 17.

⁴ PER LINELL, *Towards a Dialogical Linguistics*, in: Mika Lähteenmäki/Hannele Dufva/Sirpa Leppänen/Piia Varis (Hrsg.), *Proceedings of the XII International Bakhtin Conference Jyväskylä 2005, Jyväskylä 2006*, 157; LINELL, *Approaching Dialogue* (Fn. 3), 17.

⁵ LINKE (Fn. 1), 35.

⁶ Vgl. den Hinweis bei LINKE (Fn. 1), 35.

bedienten sich der technisch inspirierten Vorstellung, dass Kommunikation prototypischerweise einen Akt der Weitergabe von Information darstellt.⁷

Die monologistische Sicht auf kommunikative Prozesse gründet nach LINELL im sog. *written language bias* gegenwärtiger Sprachtheorien.⁸ Und gemäss LINKE bringt es ein „skriptizistisch geprägtes Sprachverständnis“⁹ mit sich, dass Sprache sozusagen stillgestellt und einem bestimmten Autor attribuiert wird. Was vermittelt wird, ist nach dieser Vorstellung überdies „vor-existent und wird idealerweise durch den Prozess der Vermittlung nicht tangiert (...)“.¹⁰

OSGOOD schuf für das monologistisch-ontologische Modell zutreffend das folgende Bild: „Words like little buckets, are assumed to pick up their loads of meaning in one persons's mind, carry them across the intervening space, and dump them into the mind of another“.¹¹

2. Das dialogistisch-konstruktivistische Modell

Der zweite, hier vorgestellte Ansatz bildet noch immer nicht den *main stream*, das entsprechende Ideengut findet sich nach ANGELIKA LINKE aber etwa bereits bei VON HUMBOLDT, wonach der Mensch sich selbst nur versteht, „indem er die Verstehbarkeit seiner Worte an andren versuchend geprüft hat“.¹² VON HUMBOLDT bekennt sich hier zu einem „Verständnis von Subjektivität als einem auf das Gegenüber erweiterten Konzept und damit zur Loslösung des Konzepts der Subjektivität vom Individuum“.¹³

In den letzten vierzig Jahren hat die Linguistik diesen Ansatz am Rand aufgenommen und damit begonnen, eine dialogistische Theorie von Kommunikation zu entwickeln. „(...) a dialogical ('dialogistic') linguistics would systematically consider the subject's relation to the other in interaction and in contexts“.¹⁴ Dazu gehören alle sprach- und kommunikationstheoretischen Ansätze, welche die sozial, auf das Gegenüber bezogene Verfasstheit menschlicher Existenz und Selbstwahrnehmung postulieren und entsprechenden Modelle von Sprache und Sprachhandeln entwerfen.¹⁵

⁷ LINKE (Fn. 1), 35.

⁸ LINELL, *Approaching Dialogue* (Fn. 3), 28 und 38.

⁹ LINKE (Fn. 1), 36.

¹⁰ LINKE (Fn. 1), 40.

¹¹ CHARLES E. OSGOOD, *What Is a Language?*, in: Doris Aaronson/Robert W. Rieber (Hrsg.), *Psycholinguistic Research: Implications and Applications*, Hillsdale 1979, 213.

¹² WILHELM VON HUMBOLDT, *Über die Verschiedenheit des menschlichen Sprachbaues und ihren Einfluss auf die geistige Entwicklung des Menschengeschlechts*, in: ders., *Werke in fünf Bänden*, Bd. 3: *Schriften zur Sprachphilosophie*, hrsg. von A. Filtner/K. Giel, Stuttgart 1836/1963, 429, zitiert nach LINKE, (Fn. 1), 37.

¹³ LINKE (Fn. 1), 37.

¹⁴ LINELL, *Towards a dialogical linguistics* (Fn. 4), 157.

¹⁵ LINKE (Fn. 1), 37.

Die Wirklichkeit wird in diesem Modell denn auch nicht mehr im Sinne der ontologischen Sichtweise als vorgefunden beschrieben, sondern als (gemeinsam) konstruiert angesehen. „[...] *dialogical interactions* are such discursive processes and their products that are *conceptualized as joint, coordinated and mutually interdependent activities* of both (all) participants. This conceptualization presupposes that interactions are viewed as multi-functional and reflexively interconnected activities embedded in the dynamics of dialogue.“¹⁶

Kommunikation wird nun nicht mehr als wechselseitige Abfolge von Sender-Botschaften verstanden, sondern als Gemeinschaftsproduktion der Beteiligten konzipiert. Dabei durchkreuzen, überlagern und verflechten sich die verschiedenen Beiträge.¹⁷ „Gespräche funktionieren nicht additiv, sondern integrativ, so dass es sich letztlich bei jedem Gesprächsbeitrag um eine gemeinsame Hervorbringung der Beteiligten handelt.“¹⁸ Wenn das Wort ausgesprochen ist und somit „im gemeinsamen Kommunikationsraum steht, ist es zudem in seiner Bedeutung nicht mehr nur durch die Intention des Sprechers, sondern ebenso durch die Reaktionen und Anschlusshandlungen der Kommunikationspartner definiert – auch für den Sprecher selbst. Daher auch das latente Überraschungspotential kommunikativer Praxis.“¹⁹

Unter Umständen haben auch hier die Beteiligten am Ende des Gesprächs aktes etwas sich zum Teil Überlappendes oder Ähnliches *in mind*. Dieses Produkt ist aber nicht Folge eines sequentiell-unilateralen, sondern eines simultan-wechselseitigen Vorganges. Indem sich der Eine an den Anderen wendet, werden auch sein Wissen, sein Wertgefüge und seine Einstellungen durch diesen beeinflussbar: „Kommunikation ist folglich nicht als ein Gegenüber von Sprecher und Hörer, von Ich und Du, von *ego* und *alter ego* zu modellieren, sondern beide Positionen sind als *ego/alter*-Kippfiguren zu konzipieren, wobei jeder der beteiligten Partner sich selbst immer schon als *alter ego* einer auf das Gegenüber projizierten *ego*-Position erfährt: In der Kommunikation konstituiert sich das Ich im Gegenüber als ein Gegenüber.“²⁰ Es werden vom Empfänger nicht nur neue Aspekte hinzugefügt, sondern der Sender (re-)konstruiert und versteht das, was er sagt „neu, nämlich rezipientenbezogen“, (...) der „Akt des Wissensteilens affiziert also den Sprecher, den Hörer und das Wissen selbst“.²¹

Denkt man dieses Modell einer hochgradig kontextbezogenen Interaktion konsequent weiter, erstaunt es auch nicht, dass es nach neuesten Forschungen

¹⁶ IVANA MARKOVÁ/PER LINELL, Coding Elementary Contributions to Dialogue: Individual Acts versus Dialogical Interactions, *Journal for the Theory of Social Behaviour* 26:4, Oxford 1996, 353.

¹⁷ LINKE (Fn. 1), 38.

¹⁸ LINKE (Fn. 1), 38.

¹⁹ LINKE (Fn. 1), 39.

²⁰ LINKE (Fn. 1), 40.

²¹ LINKE (Fn. 1), 41.

eben doch keine Universalgrammatik gibt: „language differ so fundamentally from one another at every level of description (sound, grammar, lexicon, meaning) that it is very hard to find any single structural property they share [...]. Structural differences should (...) be accepted for what they are, and integrated into a new approach to language and cognition that places diversity at centre stage.“²²

Angefügt sei hier noch, dass das zweite Modell es notwendigerweise mit sich bringt, dass nonverbales Agieren dem Sprechen und Schreiben von Worten gleichzusetzen ist. „Interaktion konstituiert sich nicht qua Rekurs auf psychische Festlegungen – welcher Art auch immer – der Anwesenden, sondern konstituiert sich aus sich heraus über das Anlaufen zirkulärer Wahrnehmungsprozesse.“²³ Das ist in unserem Zusammenhang insofern interessant, als auch Verträge nicht notwendigerweise über den expliziten Gebrauch von Sprache entstehen.

III. Der Vertrag als Form von kommunikativem Handeln

Mittels Verträgen regeln die Beteiligten im Wesentlichen bestimmte Ausschnitte ihrer noch nicht oder bereits bestehenden Beziehungen. Diese Beziehungen können sich in einem Vertrag erschöpfen oder aber weit über diesen hinausweisen.

Rechtlich betrachtet werden Verträge als beidseits verbindliche Leistungsprogramme charakterisiert: Gestützt auf ihre Vereinbarung dürfen die Kontrahenten voneinander ein bestimmtes Tun, Unterlassen oder Dulden verlangen. Dabei können die Leistungen, welche die einzelnen Parteien zu erbringen haben, von durchaus unterschiedlicher Qualität und Intensität sein. Sie müssen sich grundsätzlich auch wertmässig nicht entsprechen. Es ist nicht einmal erforderlich, dass alle Beteiligten eine Leistung zu erbringen haben.

Wichtig ist dagegen, dass die Beteiligten übereinstimmend wollen, was Inhalt ihres gemeinsamen Programms sein soll.²⁴ Verbindlich ist dem Grundsatz nach also nur, was die Parteien vereinbaren. Das setzt voraus, dass die Kontrahenten miteinander in eine Kommunikation treten und dass diese Kommunikation gelingt. Dieser Vorgang soll vorliegend als konsensuelle Validierung eines gemeinsamen Programms bezeichnet werden.

²² NICHOLAS EVANS/STEPHEN LEVINSON, Introduction, in: *The Myth of Language Universals: Language diversity and its importance for cognitive science*, Cambridge 2009, 2.

²³ HEIKO HAUSENDORF, Gespräch als System, *Linguistische Aspekte einer Soziologie als Interaktion*, Radolfzell 2004, 60.

²⁴ Das Konzept des natürlichen Konsenses wird durch jenes des normativen Konsenses erweitert, wonach auch bei mangelndem natürlichen Konsens aufgrund einer vertrauenstheoretischen Auslegung ein Vertrag als zustande gekommen gilt.

Ist ein Programm konsensuell validiert worden, besteht es in der Regel solange fort, bis die Beteiligten es umgesetzt bzw. das darin festgelegte Ziel erreicht haben.

Kurzum: Verträge sind – bezogen auf die Gesprächsforschung – ein Typus von Kommunikation, welcher die Funktion hat, eine gemeinsame Aktion pro futuro zu konzeptualisieren. *Prima facie* erscheinen sie insbesondere wegen der mit dem mündlichen oder schriftlichen Austausch verbundenen konsensuellen Validierung als idealtypische Kandidaten für ein dialogistisches Kommunikationsmodell. Im Sinne von LINELL²⁵ könnte man auch von einem *real usage event* sprechen: Menschen, die Verträge schliessen, wollen handeln, sogar besonders nachhaltig. Es wäre darum auch – vielleicht im Rahmen der nächsten Festschrift für ROLF H. WEBER – sehr interessant, Verträge im Rahmen der Sprechakt-Theorie abzuhandeln.

Im Folgenden sollen einzelne Aspekte des Vertragsgeschehens bzw. des rechtlichen Zugriffs darauf unter dem Gesichtspunkt untersucht werden, welches der beschriebenen kommunikationstheoretischen Modelle die unter die Lupe genommenen Prozesse adäquater beschreibt.

1. Schriftlichkeit oder auch Mündlichkeit: gibt es einen written language bias?

Im Bereich der Form, derer ein Vertrag bedarf, ist der Gesetzgeber klarerweise von einem dialogistischen Modell ausgegangen: Weder müssen Verträge immer und ausschliesslich sprachlich gefertigt werden, noch ist es unabdingbar, dass sie schriftlich fixiert werden. Formvorschriften bilden vielmehr die Ausnahme. Gemäss Art. 11 Abs. 1 OR bedürfen Verträge „zu ihrer Gültigkeit nur dann einer besonderen Form, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt“. Hinter der Einsicht, dass Einigungen grundsätzlich weder sprach- noch formbedürftig sind, steht im Übrigen eine lange Entwicklung. Das römische Recht kannte lediglich eine geschlossene Anzahl von Verträgen, die samt und sonders formbedürftig waren.

Bisweilen verlangen das Gesetz oder die Vereinbarung²⁶ allerdings auch heute noch, dass ein Vertrag in eine bestimmte Form – wie zum Beispiel die Schriftform oder die öffentliche Urkunde – gebracht werden muss. Der Grund dafür liegt darin, dass die Fixierung den Ablauf zugunsten der einen, von der Schnelligkeit des informellen Ablaufs unter Umständen überforderten, Partei verlangsamt und/oder das Ergebnis aus Gründen der Transparenz, der Eindeutigkeit oder der späteren Nachvollziehbarkeit festhält. Die „besondere

²⁵ PER LINELL, Grammatical constructions in dialogue, in: Alexander Bergs/Gabriele Diewald (Hrsg.), *Contexts and Constructions*, Amsterdam 2009, 108.

²⁶ Art. 16 Abs 1 OR: „Ist für einen Vertrag, der vom Gesetz an keine Form gebunden ist, die Anwendung einer solchen vorbehalten worden, so wird vermutet, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen.“

Form“ gesellt sich dann als zusätzliches, in der Regel konstitutives Erfordernis für eine durchsetzbare Einigung.

Eine Konsequenz aus der grundsätzlichen Gleichwertigkeit von Schriftlichkeit und Mündlichkeit ist die Möglichkeit eines konkludenten Vertragsschlusses. Entsprechend Art. 1 OR ist zum Abschluss eines Vertrags „die übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung der Parteien erforderlich“ (Abs. 1). „Sie kann eine ausdrückliche oder eine stillschweigende sein“ (Abs. 2). Wie nicht alles, was kommuniziert wird, sprachgebunden ist, äussert sich auch nicht jeder Vertragsschluss sprachlich. Oder aus der Sicht der Linguistik:²⁷ „Ein nonverbales Phänomen ist kommunikativ, wenn es absichtlich produziert wurde und sich an einen Empfänger richtet.“²⁸

Das Obligationenrecht liegt hier nicht nur auf der Linie der neueren linguistischen, sondern ebenso auch der aktuellen neurobiologischen Forschung. Denn: „[...] dialogue and dialogical interaction appear to be more fundamental than language (at least as language has been conceived most often)“.²⁹ Gemeinsamkeiten der genannten Forschungszweige mit dem Recht umfassen „points like other-orientation, relationism and context-interdependence, embodiment of language, responsive understanding, potentialities, unfinalisability, implicitness and degrees of awareness, and redundancy of processing“.³⁰

Wie lange die Parteien auch immer in Vorgesprächen sind, welche Form auch immer vorgesehen oder vorbehalten wird, zu einem Vertrag kommt es nur, wenn über das gemeinsame Programm eine Einigung zustande kommt.

2. Offerte und Akzept: eine wechselseitige Abfolge von Senderakten?

Ein Vertrag entsteht nach dem Gesetz durch den Austausch von Offerte und Akzept. Bereits in der Einleitung wurde der vorläufige Befund geäußert, dass der Vertragsschluss mindestens *in praxi* ein eminent dialogistischer Vorgang ist. Ein Blick in die gesetzlichen Regeln vom Zustandekommen des Vertrags lässt allerdings eher auf eine Zuweisung des entsprechenden Kommunikationsvorgangs zu einem monologistischen Modell schliessen.

Art. 3 OR bestimmt: „Wer einem andern den Antrag zum Abschlusse eines Vertrages stellt und für die Annahme eine Frist setzt, bleibt bis zu deren Ablauf an den Antrag gebunden“ (Abs. 1). „Er wird wieder frei, wenn eine

²⁷ Zur Funktion nonverbalen Verhaltens für die Gesprächsforschung: ANGELIKA LINKE/MARKUS NUSSBAUMER/PAUL R. PORTMANN, Studienbuch Linguistik, 5. Aufl., Tübingen 2004, 309 ff.

²⁸ So beschreibt HAUSENDORF (Fn. 23), 59 f., die von ihm abgelehnte Sicht.

²⁹ PER LINELL, Dialogicality in languages, minds and brains: is there a convergence between dialogism and neuro-biology?, in: Nigel Love (Hrsg.), Stephen J. Cowley (Gast Hrsg.), Cognitive Dynamics in Language, Language Sciences, Vol. 29, München 2007, 605.

³⁰ LINELL, Dialogicality (Fn. 29), 605.

Annahmeerklärung nicht vor Ablauf dieser Frist bei ihm eingetroffen ist“ (Abs. 2).

Der Antrag oder die Offerte ist die zeitlich erste Erklärung, mit welcher der Wille auf Abschluss des Vertrags ausgedrückt wird.³¹ Sie muss sämtliche wesentlichen Vertragspunkte enthalten, so dass sie mit einem schlichten „Ja“ oder „Einverstanden“ angenommen werden kann.³² „Nach dem Gesagten geschieht der Vertragsschluss durch den Austausch übereinstimmender Willenserklärungen (Art. 1 Abs. 1 OR), die in Antrag (erste Erklärung) und Annahme (zweite Erklärung) zerfallen.“³³ Die Annahmeerklärung kann *in praxi* fristgerecht erfolgen, ausbleiben oder einer Gegenofferte weichen.

Nach der im Gesetz ausgedrückten Vorstellung ist „jeder Erklärende zugleich Empfänger (Adressat) der anderen Erklärung“.³⁴ Der hier beschriebene Ablauf erinnert in seinem sequentiellen Hin und Her an die im Zusammenhang mit dem monologistischen Modell geprägten Metapher von den OS-GOODSCHEN *buckets*, die vom jeweils als Sender tätigen Akteur gefüllt und vom entsprechenden Empfänger geleert werden. Im Idealfall besteht das Akzept denn auch in einem schlichten „Ja“.

Es erstaunt nicht, dass der nach der Machart des Gesetzes sequentiell-monologistisch geprägte Ablauf von Offerte und Akzept eher einer etwas zu rigiden Modellvorstellung³⁵ als einem beobachtbaren, empirisch erkundbaren und beschreibbaren Vorgang zwischen Menschen entspricht. Dies wurde von der Rechtswissenschaft denn auch erkannt: „Doch gibt es auch atypische Fälle, in denen die übereinstimmenden Willenserklärungen, die den Vertragsschluss ausmachen, kaum oder überhaupt nicht in das Schema von „Antrag“ und „Annahme“ passen.“³⁶ De facto gehen dem „Ja“ des Empfängers gerade beim ausgehandelten Vertrag oft mehr oder weniger ausgedehnte Dialoge voraus. In den Protokollen zu einem schliesslich zustande gekommenen Vertrag finden sich nicht selten unzählige Zwischenergebnisse („Punktationen“).

Lakonisch und unidirektional wird die Kommunikation in diesem Fall erst, wenn sie einen längeren Prozess der gegenseitigen Annäherung schliesslich mit einem simplen „Ja“ zum Vereinbarten abschliessen kann. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID sprechen in diesem Kontext auch vom „gewachsenen“ Vertrag: Diesem „geht ein [...] Verhandlungsprozess voraus, worin die Parteien sich *Schritt für Schritt* dem Verhandlungsziel (Vertragsschluss) nähern.“³⁷ Auf diesen – wenn auch in der Lehre als atypisch klassifizierten –

³¹ BGE 122 III 118 E. 2b; CLAIRE HUGUENIN, *Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Zürich 2008, N 210.

³² HUGUENIN (Fn. 31), N 211.

³³ PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 9. Aufl., Zürich 2008, N 478.

³⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 33), N 356.

³⁵ HUGUENIN (Fn. 31), N 208.

³⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 33), N 478.

³⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 33), N 484.

Prozess passt das dialogistische Gesprächsmodell wiederum viel zwangloser als das monologistische.

Auch wenn der Prozess des Vertragsschlusses dem Buchstaben des Gesetzes nach eher dem monologistischen Modell zu entsprechen scheint, hat der Gesetzgeber doch zahlreiche feed back-Schlaufen eingebaut, mit Hilfe derer er die Einwegkommunikation zugunsten eines empathischeren, ausschliesslich auf die unmittelbar vorhergehenden Akte des Gegenübers bezogenen Sprechhandlungen unterbricht. Ein Beispiel enthält etwa 5 Abs. 3 OR: Trifft die rechtzeitig abgesandte Annahmeerklärung erst nach dem ordentlicherweise zu erwartenden Zeitpunkt beim Antragsteller ein, so ist dieser, wenn er nicht gebunden sein will, verpflichtet, der anderen Seite ohne Verzug hiervon Anzeige zu machen. Ein anderes Beispiel für einen dialogistischen Ansatz beim Vertragsschluss bildet Art. 6a Abs. 3 OR, wonach der Empfänger den Sender zu benachrichtigen hat, wenn er realisiert, dass die unbestellte Sache ihm offensichtlich irrtümlich zugesandt wurde.

Bei Untergliederungen wie jener in Offerte und Akzept, aber etwa auch wie jener in Entstehungs- und Erfüllungsphase eines Vertrages hat der Gesetzgeber den organisch-graduellen und wechselseitig verknüpften Vorgang sozusagen sequentialisiert bzw. in Phasen aufgeteilt und sich damit in dieser Hinsicht zu einer monologistischen Sichtweise bekannt. Möglicherweise ging er dabei davon aus, dass das Recht komplexere Vorgänge wie das Schliessen und das Erfüllen von Verträgen nur dann einer normativen Betrachtungsweise zugänglich machen kann, wenn es sie bündelt und klassifiziert. Im Vertragsrecht insbesondere dient die Legiferierung indessen in erster Linie dazu, dem Parteiwillen zum Nachdruck verhelfen, indem ein möglicher Konsens oder Dissens (re-)konstruiert wird. Korrektiv einzugreifen ist nur insofern und insoweit angängig, als Interessen tangiert werden, die höher zu veranschlagen sind als die Vertragsfreiheit. Es muss dem Vertragsgesetzgeber deshalb auch in erster Linie darum gehen, Regeln zu formulieren, die den Kommunikationsprozess, welcher sich durch das Programm wie auch dessen Umsetzung zieht, adäquat reflektieren.

Nach diesem kurzen *tour d'horizon* durch die Regeln zu Offerte und Akzept, bezüglich welcher die linguistische Analyse des Rechts ein Verbesserungspotential ausmacht, sollen als nächstes Konsens und Dissens näher betrachtet werden.

3. Konsens und Dissens: Rekonstruieren oder Konstruieren?

Nur wenn die Kommunikation gelingt, kommt es zu einer konsensuellen Validierung der zusammen ins Visier genommenen Aktion. Im Sinne des dialogistischen Modells muss allerdings auch als geglückte Kommunikation angeschaut werden, wenn die Parteien rechtzeitig merken, dass ihre Wünsche sich nicht in ein gemeinsames Programm fassen lassen. Im Recht bedeutet Dis-

sens, dass sich die Parteien trotz des Versuches, zu einer Vereinbarung zu gelangen, nicht geeinigt haben.

Der Dissens kann auch nur einen Teil der Vereinbarung betreffen: Reicht der einverständlich geschaffene *common ground* für ein sinnvolles gemeinsames Programm, enthält es also rechtlich gesprochen die sog. *essentialia*, kommt eine Vereinbarung gleichwohl zustande.³⁸ Dass die Parteien indessen auch nicht das Minimum eines gemeinsam begehren Grundes geschaffen haben, kann ihnen bewusst sein, muss es aber nicht.

Im ersten Fall spricht man von offenem, im zweiten Fall von latentem Dissens.³⁹ Legt man dem Einigungsvorgang ein dialogistisches Modell zugrunde, ergibt sich Folgendes: Konsens bedeutet dann, dass der konsensuell validierte Anteil des gemeinsamen Konstruktes genügt, um in eine vertraglich determinierte Beziehung zu treten. Dissens dagegen heisst, dass man sich entweder übereinstimmend oder nicht übereinstimmend nicht gefunden hat.

Das dialogistische Modell zeigt, dass im Wege der Interaktion Gemeinsames geschaffen werden kann, welches in ein gemeinsames Programm zu münden vermag. Es zeigt überdies, dass auch ein Dissens ein wünschbares Resultat sein kann. Bleibt der Dissens allerdings zunächst unentdeckt bzw. überdeckt ihn ein vermeintlicher Konsens, muss daraus geschlossen werden, dass die Gesprächsteilnehmer nicht die erforderliche Achtsamkeit zeigten bzw. sich *de facto* gar nicht in genügend sorgfältiger Weise aufeinander bezogen.

Für das Leben ausserhalb von Verträgen gilt: „So, within the ‘web of partial mutualities’, misunderstandings can sometimes be brought into the open, albeit on a rather modest scale, while hidden understandings must often remain in the dark.”⁴⁰ Bezüglich des Lebens innerhalb von Verträgen ist zu konstatieren, dass sich die Parteien nicht selten uneins darüber sind, ob ihre Kommunikation in einen Vertragsschluss mündete und – falls ja – was dieser beinhaltet. All dies wirft die Frage auf, nach welchen Vorstellungen der Richter Interaktionen zwischen den Parteien (re-)konstruiert. Auch hier vermöchte die linguistische Analyse des Rechts aller Wahrscheinlichkeit nach einen grossen Beitrag zu leisten.

a) Natürlicher Konsens

Als erstes versucht der Richter den gemeinsamen Parteiwillen zu rekonstruieren.⁴¹ Gelingt ihm dies, spricht man von natürlichem Konsens.⁴² Wenn der

³⁸ HUGUENIN (Fn. 31), N 201.

³⁹ HUGUENIN (Fn. 31), N 199.

⁴⁰ PER LINELL, *Troubles with mutualities: towards a dialogical theory of misunderstanding and miscommunication*, in: Ivana Marková/Carl Friedrich Graumann/Klaus Foppa (Hrsg.), *Mutualities in Dialogue*, Cambridge 1995, 207.

⁴¹ HUGUENIN (Fn. 31), N 262.

Empfänger eine Erklärung so versteht, wie sie vom Sender gemeint war, bildet diese den Vertragsinhalt. Der Schluss, dass dem sog. natürlichen Konsens ein monologistisches Modell zugrunde liegt, wäre gleichwohl vorschnell. Zwar wird der Vorgang, der zum natürlichen Konsens führt, monologistisch beschrieben, jedoch würde eine dialogistische Nomenklatur hier zum gleichen Ergebnis führen: Das monologistische und das dialogistische Konzept koinzidieren im Falle des natürlichen Konsenses mindestens zum Teil, weil die im Ergebnis resultierende Innensicht des Einzelnen im grossen Ganzen dem durch die Interaktion geschaffenen Konstrukt entspricht. Mit anderen Worten: Das Ergebnis einer konsensuellen Validierung kann sowohl als auf monologistische als auch auf dialogistische Weise zustande gekommen gedacht werden.

Die Rechtsprechung enthält im Übrigen Hinweise darauf, dass Gereichte durchaus willens sind, einen konstruktivistischen, auf den Verständnishorizont der Parteien und den Kontext zugeschnittenen Ansatz zu wählen, wenn ein solcher dem Parteiwillen zu dienen vermag. Ein Beispiel dafür bildet jener oft zitierte Vertragsschluss, zufolge welchem beide Kontrahenten sich auf den Verkauf von *Walfischfleisch* einigen wollten, dieses aber versehentlich übereinstimmend als *Haifischfleisch* bezeichnet hatten.⁴³ Dabei kann – wie das Beispiel zeigt – sogar eine für nicht beteiligte Personen möglicherweise unverständliche oder wenig sinnvolle Version herauskommen: Auch bei unzutreffender Bezeichnung, jedoch übereinstimmendem Rechtsbindungswillen besteht kein Anlass, den Beteiligten etwas anderes als das Gewollte zu unterstellen.⁴⁴

Angefügt sei ein ebenso interessantes Anschauungsbeispiel aus der Linguistik: Sagt jemand „Italy is a boot“, kann man nur aus dem Kontext schliessen, ob der Sprecher vom Sender verstanden wurde. “[...] the sentence may be well formed, but it is quite unclear, whether true or false, useful or useless, appropriate or inappropriate unless you know to whom it is addressed and under what circumstances.”⁴⁵

b) Normativer Konsens

Kann der Richter keinen natürlichen Konsens erstellen, prüft er, ob sich kontextuell ein normativer Konsens konstruieren lässt: Weicht zum Beispiel aus der Sicht der einen Partei das Gewollte vom Verstandenen ab, muss die potentielle „Einigung“ nach rechtlichem Verständnis vertrauens theoretisch aus-

⁴² Zum natürlichen Konsens HUGUENIN (Fn. 31), N 192 ff.

⁴³ Entscheidungen des (deutschen) Reichsgerichts in Zivilsachen (Leipzig), 99 (1920) 147 ff.

⁴⁴ HUGUENIN (Fn. 31), N 178.

⁴⁵ JEROME BRUNER, Learning How To Do Things With Words, in: Doris Aaronson/Robert W. Rieber (Hrsg.), Psycholinguistic Research: Implications and Applications, Hillsdale 1979, 265.

gelegt werden: Nach dem Prinzip von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) wird nicht eruiert, was gewollt war, sondern was ein Vertragspartner in jenem Kontext, in welchem interagiert wurde, verstehen durfte und musste.⁴⁶ Entscheidend ist der – durch den Richter unter Zuhilfenahme der Perspektive eines unbefangenen Dritten konstruierte – Verstehenshorizont beider Parteien. Wiederum: ergibt sich ein rechtlich als *essentielle* bezeichneter common ground für ein gemeinsames Programm, liegt ein Konsens vor. Dieser wird als normativ bezeichnet, weil vertrauens-theoretisch eine Objektivierung via Drittkonstruktion anhand bestimmter Kriterien stattfindet. Jedoch werden auch persönliche Elemente, beispielsweise der Professionalisierungsgrad der Beteiligten bzw. einer entsprechenden Referenzgruppe, einbezogen.

Auch dieses hermeneutische Vorgehen findet *support* in einem dialogistischen Modell. Es tritt also nicht einfach eine wie auch immer verstandene Objektivität an die Stelle der verfehlten Subjektivität. Stattdessen wird ein feiner Zwischenraum aufgetan, in welchem „die in Sprache verwandelte Vorstellung nicht mehr ausschliessend einem Subject angehört“.⁴⁷ Oder in der Interpretation LINKES: „Humboldt kam hier zu einem Verständnis von Subjektivität als einem auf das Gegenüber erweiterten Konzept und damit zur Loslösung des Konzepts der Subjektivität vom Individuum.“⁴⁸

Konsequent auf dieser Argumentationslinie befindet sich auch der Umgang mit zwei weiteren Phänomenen potentiell destruktiven Kommunikationsverhaltens, nämlich der Mentalreservation (nicht als solcher kund getaner Vorbehalt) und der Scherzerklärung (nicht als solche deklarierte Unernsthaftigkeit).⁴⁹ Der Redner darf nicht auf Verstanden Werden pochen, wenn Vorbehalt und Scherz nicht in den gemeinsamen Verständnisraum zwischen ihm und seinem Gegenüber vorzudringen vermochten.

Ganz im Gegensatz zum idealtypischen, auf konsensuelle Validierung bedachten Vertragsschliessenden kommt es dem Steller von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht mehr auf Partizipation, sondern nur noch darauf an, dass das Gegenüber die AGB – unabhängig von einer substantiierten Kenntnis des Inhalts – global übernimmt. Sowohl bezüglich des Erstellen einer möglichen Geltung wie auch der Auslegung von Verträgen kommt das traditionelle Vertragsrecht hier an seine Grenzen. ABG-Steller sind monologisch-ontologisch konzipierte Wesen par excellence.

⁴⁶ HUGUENIN (Fn. 31), 182.

⁴⁷ VON HUMBOLDT (Fn. 12), 423, zitiert nach LINKE (Fn. 1), 37.

⁴⁸ LINKE (Fn. 1), 37.

⁴⁹ HUGUENIN (Fn. 31), N 187.

4. Individualvertrag und AGB: Monologistisches oder dialogistisches Geschehen?

Werden Vertragsbestimmungen hinsichtlich des Abschlusses einer Vielzahl gleichartiger Verträge vom Sender vorformuliert, spricht man von Allgemeinen Geschäftsbedingungen.⁵⁰ Vereinbarungen, die zur Hauptsache aus AGB bestehen, sind mit Blick auf ihren Entstehungsprozess dem monologistischen Modell zuzuordnen: Ein AGB-Vertrag entsteht nicht in einem Prozess gegenseitigen Modellierens. Aus diesem Grund kann es auch nicht zu der durch eine konsensuelle Validierung garantierten „Richtigkeitsgewähr“ kommen, sondern der Empfänger muss lediglich – in der Regel ohne Chance zur Partizipation – entscheiden, ob er das vorgelegte Programm *in toto* annimmt oder nicht. Möchte der Vertragspartner des AGB-Stellers eine Bestimmung streichen, modifizieren oder hinzufügen, wird ihm denn auch meistens erklärt, dass dies nicht möglich sei, sondern es nur ein *take it or leave it* gäbe. Man spricht darum auch von Globalübernahme.⁵¹ Das Einverständnis erfolgt nicht aufgrund des interaktiven Füllens eines gemeinsamen Raumes, sondern die eine Seite inkorporiert sozusagen einen fremden Brocken in die Welt der anderen Partei. Dabei lässt sie nicht zu, dass dieser durch die Wechselrede geschliffen wird und so eine gemeinsame Aneignung erfolgt.

Der Vertragsrechtsgesetzgeber, welchem aufgetragen ist, dem gemeinsamen Parteiwillen zum Durchbruch zu verhelfen, wird auch aufgrund der linguistischen Analyse eines solchen Vertragsschlusses legitimiert, eine solche *de forma* zwar bilaterale, *de facto* aber unilaterale Kommunikation mittels spezifischer Standards zu kontrollieren. Dies bedeutet allerdings auch, dass der Anteil an zwingendem Recht steigt, was im Vertragsrecht an sich nicht erwünscht ist, aber erforderlich wird, wenn den Parteien der Dialog nicht mehr gelingt. Der hier zwischen den Parteien sich abspielende unidirektionale Vorgang gibt mit anderen Worten einen Hinweis auf ein Machtgefälle, welches das Recht dazu ermächtigt und auffordert, das *level playing field* wiederherzustellen.

⁵⁰ BGE 4P.135/2002 E. 3.1.

⁵¹ HUGUENIN (Fn. 31), N 236.